

## La pensión de orfandad al amparo del subsidio de desempleo para excarcelados (Reflexiones a partir de la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) núm. 954/2018, de 7 de noviembre)

The orphan's pension under the unemployment benefit for ex-offenders (reflections based on the legal principles of the ruling issued by the Social Security Chamber of the Supreme Court No 954/2018 of 7 November)

FERNANDO ELORZA GUERRERO

PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE

### Resumen

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 7 de noviembre de 2018, establece el criterio de que, en el caso de un causante beneficiario de un subsidio de desempleo para excarcelados, el mismo ha de considerarse en situación asimilada alta a efectos de establecer el posible derecho de sus hijos a una pensión de orfandad. La sentencia considera intrascendente la valoración de las razones por las que dicho causante no figuró durante un periodo de tiempo apreciable como demandante de empleo. Presume que el origen del incumplimiento de sus obligaciones por el causante está en la situación de prisión que padeció.

### Abstract

The ruling issued by the Social Security Chamber of the Supreme Court on 7 November 2018 establishes the criterion which, in the event of a beneficiary of unemployment benefit for ex-offenders, this person must be deemed as registered with the Social Security for the purposes of establishing the possible right of their children to an orphan's pension. According to the ruling, the assessment of the reasons why the deceased did not appear as a jobseeker for a significant period of time is inconsequential. It presumes that the origin of the breach of obligations by the deceased is in the time of imprisonment.

### Palabras clave

pensión de orfandad, subsidio de desempleo de excarcelados, situación asimilada al alta

### Keywords

Orphan's pension, unemployment benefit of ex-offenders, registration with the social security

## 1. INTRODUCCIÓN

La evolución histórica de la pensión de orfandad, en cuanto prestación de la Seguridad Social por supervivencia, es la historia de una institución jurídica que, a lo largo de los años, ha visto cómo se modificaba su fundamento y finalidad<sup>1</sup>. En este sentido, si en un principio se asumió que el otorgamiento de la pensión se debía considerar justificado cuando se apreciaba la concurrencia de la denominada “situación de necesidad tipificada”<sup>2</sup> –aquella originada por la muerte del padre, en cuanto “cabeza de familia” que procuraba el

<sup>1</sup> Remito en este sentido a BLASCO RASERO, C.: *La familia en el Derecho de la Seguridad Social*, Thomson – Aranzadi, Madrid, 2003, pág. 152 y ss.

<sup>2</sup> ALMANSA PASTOR, J.M.: “La protección por muerte en la Seguridad Social española”, RISS, núm. 2, 1969, pág. 152 y ss.

sustento de la familia con su trabajo—, con posterioridad los cambios acaecidos en la sociedad española, y en el propio mercado de trabajo, han determinado, entre otras cosas, que el derecho a la pensión de orfandad se reconozca tanto cuando fallece el padre, como la madre, y lo que es si acaso más importante, aunque el sobreviviente tenga ingresos suficientes para sostener a los hijos supervivientes.

En este sentido, desde hace años es claro que la pensión de orfandad ya no tiene por finalidad única la cobertura de situaciones de necesidad efectiva, y por tanto cabe concluir que su fundamento jurídico, y orientación, han cambiado. Cambio que resulta más notable si cabe cuando, además, se decide restringir el ámbito subjetivo de protección de esta prestación, limitando sus potenciales beneficiarios a los hijos del causante, en detrimento de las pretensiones que pudieran tener en este ámbito otros familiares con vínculos más lejanos. No en vano, desde hace años se señala como fundamento último de esta pensión “el mantenimiento del nivel de rentas existente en la unidad familiar a la muerte del causante”, y no la hipotética situación de necesidad económica en que pudiera encontrarse el huérfano, pues es posible que la misma sea inexistente<sup>3</sup>.

El panorama actual de esta prestación en España, por tanto, nos sitúa ante una “una prestación de carácter contributivo a favor, exclusivamente, de los hijos de los trabajadores o pensionistas que cumplen con las condiciones profesionales exigidas (de encuadramiento y cotización al sistema), al margen de la relación existente entre las partes con anterioridad al fallecimiento y de la situación generada tras el óbito”<sup>4</sup>. Eso sí, en todo caso la vigente Ley General de Seguridad Social (LGSS) establece una configuración legal que atiende a dos situaciones de distinto tenor a la hora de reconocer la condición de beneficiarios de la prestación a los hijos del superstite (art. 224 LGSS): a) los hijos del causante que son menores de veintinueve años o están incapacitados para el trabajo –sin límite de edad–; b) los hijos del causante que, siendo menores de veinticinco años, sin embargo no realizan un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, o realizándolo obtienen unos ingresos inferiores, en cómputo anual, a la cuantía, también en cómputo anual, del salario mínimo interprofesional.

No obstante, y antes de entrar en materia, no puedo evitar una referencia a la recientísima reforma del régimen de la pensión de orfandad operada en virtud de la Ley 3/2019, de 1 de marzo, de mejora de la situación de orfandad de las hijas e hijos de víctimas de violencia de género y otras formas de violencia contra la mujer<sup>5</sup>. Sin ánimo de abordar exhaustivamente las distintas claves de esta reforma –vinculadas sobre todo a la voluntad legislativa de mejorar las condiciones económicas que implican el reconocimiento de una pensión de orfandad de quienes tengan la consideración de víctimas de la violencia de género, de forma que puedan pasar de cobrar 135 €/mes a 600 €/mes– sí estimo oportuno destacar que, en adelante, nuestra LGSS reconoce de forma diferenciada una “pensión de orfandad”, y una “prestación de orfandad” –véase, y compárensen, los apartados 1 a) y 3 del art. 216 LGSS–. De tal manera que, si bien la primera atiende a resolver la situación de necesidad que hasta ahora ha constituido el objeto de la pensión de orfandad, y a la que nos

<sup>3</sup> RIERA VAYREDA, C.: *La pensión de orfandad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 25.

<sup>4</sup> BLASCO RASERO, C.: *La familia en el Derecho*, op. cit., pág. 153. En este sentido, Almendros González, M.A.: *La protección social de la familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 275, señaló en su momento, de forma muy gráfica, que “la contingencia protegida es la supervivencia de los hijos tras el fallecimiento del padre o de la madre de los que dependían económicamente”.

<sup>5</sup> BOE núm. 53, de 2 de marzo de 2019.

hemos referido hace unos instantes, la segunda –la prestación de orfandad–, por decisión del legislador estatal, identificará la prestación de Seguridad Social a la que tendrán derecho “las hijas e hijos de la causante fallecida como consecuencia de violencia contra la mujer, en los términos en que se defina por la ley o por los instrumentos internacionales ratificados por España, siempre que se hallen en circunstancias equiparables a una orfandad absoluta, en los términos establecidos reglamentariamente, y no reúnan los requisitos necesarios para causar una pensión de orfandad”<sup>6</sup>. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo que se analizará a continuación, lógicamente, versa sobre la primera institución, la “pensión de orfandad”, si bien el criterio jurisprudencial que en la misma se fija ha de considerarse también de aplicación en el caso de la prestación de orfandad.

## **2. LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO SOCIAL) NÚM. 954/2018, DE 7 DE NOVIEMBRE**

En la presente sentencia, que ha dado lugar a una unificación de doctrina por parte el Alto Tribunal español, el Tribunal Supremo establece como objeto del recurso de casación –interpuesto por el representante legal de un menor de edad– la determinación de “si el causante se encontraba en situación de asimilación al alta cuando habiendo fallecido en accidente de tráfico y percibiendo en el momento del óbito un subsidio de desempleo para excarcelados, tuvo un período de desvinculación amplio con el desempleo en fechas anteriores a la percepción del subsidio, habiendo quedado acreditados los requisitos de cotización previa y estar al corriente de sus obligaciones de cotización”. En concreto, el recurso de casación se presentó contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada), de 30 de junio de 2016 –Rec. 359/2016–, que desestimó en su día la demanda de solicitud de reconocimiento de una pensión orfandad respecto de un causante de la misma<sup>7</sup> –excarcelado, que percibía un subsidio por desempleo para excarcelados desde el 17 de septiembre de 2013 hasta su muerte–, que falleció en 2014 en accidente de tráfico, y al que previamente el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) había denegado también dicha prestación al considerar: a) que no se encontraba el causante a fecha de fallecimiento en alta o en situación asimilada al alta y no haber completado el período mínimo de cotización de 15 años; b) no reunir un período mínimo de cotización de 500 días anteriores a la fecha del fallecimiento; c) no hallarse al corriente en el pago de las cuotas. El Alto Tribunal andaluz consideró que en este caso el causante cumplía con los requisitos de hallarse al corriente del pago de las cuotas a la Seguridad Social al tiempo en que se produce el hecho causante de la referida prestación. Igualmente, estimó que aquél se hallaba al corriente de su obligación de cotización por períodos en los que estuvo en su día de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), toda vez que la exigencia de la misma había ya prescrito –consta un descubierto de cotización entre el 1 de julio de 2009 y el 30 de septiembre del mismo año–.

<sup>6</sup> Así reza el nuevo apartado 3 del art. 216 LGSS.

<sup>7</sup> Que acreditaba diferentes periodos en el Régimen Especial Agrario, hasta alcanzar la cifra de 4.183 días de cotización y respecto del que constaban diferentes periodos de inscripción como demandante de empleo, si bien entre el entre octubre de 2009 y julio de 2013 el causante no constó como inscrito en calidad de demandante de empleo. Dicho causante a su vez, percibió un subsidio de desempleo para excarcelados desde el 17 de septiembre de 2013 hasta el día de su muerte. El Tribunal, asimismo, consideró hecho indiscutido que esta persona no había cotizado al menos 15 años, razón por la que centró la acción judicial en clarificar si podía estimarse en alta o en situación asimilada al alta, a efectos de poder reconocer a la huérfana el derecho a percibir una pensión de orfandad.

Sin embargo, y dado que resultaba indiscutible que el historial de cotización del causante no alcanzaba los 15 años, el Tribunal Superior de Justicia subrayó que el acceso a la pensión de orfandad pasaba bien por el cumplimiento del requisito del alta ante la Seguridad Social al momento del hecho causante, o bien por encontrarse en situación asimilada al alta, de tal manera que, aunque se consideren legalmente situaciones asimiladas al alta a efectos de causar la prestación, entre otras, la situación legal de desempleo y el paro involuntario, una vez en este caso agotada la prestación por desempleo, ello será así siempre que se mantenga la inscripción como demandante de empleo en la oficina pública correspondiente. Es precisamente en este punto donde el tribunal andaluz apreció la existencia de una falla jurídica insalvable, pues no constaba ninguna circunstancia que explicara el que el causante de la pensión de orfandad hubiera descuidado sus obligaciones legales para continuar formalmente en situación de alta, o asimilada al alta, o hiciera la misma inútil durante un largo período –que va desde primeros de octubre de 2009 hasta que volvió a vincularse al sistema de Seguridad Social en julio de 2013–. En este sentido, el TSJ advirtió que en esta ocasión “aunque el causante para poder percibir el subsidio de liberados de prisión (...) ha de haber estado privado de libertad por tiempo superior a seis meses, no se ha probado cual es el tiempo que efectivamente estuvo en prisión, ya que la flexibilización del requisito de alta o situación asimilada mediante una interpretación humanizadora que pondera las circunstancias de cada caso concreto, no puede llevar a la absoluta inexigencia del mismo y no puede aplicarse en supuestos en los que no pueda inducirse una racional dificultad o inutilidad de la inscripción en la oficina de empleo”, por lo que al no haberse cumplido en este punto las exigencias legales establecidas en la LGSS el Tribunal termina por confirmar la sentencia denegatoria de la referida pensión de orfandad.

Como sentencia de referencia, el recurrente en casación para la unificación de doctrina alegó la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana, de 18 de abril de 2001 (Rec. 2468/98), que confirmó el reconocimiento del derecho a percibir la pensión de orfandad por la muerte del padre de unos menores. De forma idéntica al caso enjuiciado por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, el causante también había fallecido por accidente circulatorio, encontrándose percibiendo en ese momento el subsidio por desempleo para liberados de prisión, de tal manera que el INSS denegó la prestación al no hallarse el causante en alta o en situación asimilada al alta en la fecha del fallecimiento, ni ser pensionista. La Sala del Tribunal Superior de Justicia en esta ocasión, sin embargo, desestimó el recurso de la Entidad Gestora contra la sentencia de instancia que no respaldó la actuación de ésta, al considerar que no se había alegado en el pleito la falta de afiliación al Régimen General de la Seguridad Social, ni de carencia, ni de la relación paterno filial, y que se estaba percibiendo por el causante un subsidio de desempleo, por lo que éste se encontraba en situación asimilada al alta, en general y sin distinguos, y cumplía, por tanto, los requisitos establecidos en los arts. 175 y 176 LGSS –hoy arts. 219 y 244 LGSS, respectivamente–, siendo de aplicación, en definitiva, la interpretación jurisprudencial más flexible y beneficiosa, que no exige la inscripción ininterrumpida de forma estricta.

Considera en definitiva el Tribunal Supremo que concurren los requisitos jurídicos para que el Alto Tribunal entre a unificar doctrina a la vista de las soluciones tan dispares alcanzadas en la Comunidad Autónoma andaluza y valenciana. Y en este sentido, lo primero que hace el Tribunal Supremo es recordar que, conforme a lo dispuesto por el art. 166.1 LGSS, nuestro ordenamiento jurídico asimila a la situación de alta la situación de desempleo

total durante la que el trabajador percibe la prestación por dicha contingencia. Adicionalmente, advierte que, conforme al art. 36 del Real Decreto 84/1996, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de trabajadores en la Seguridad Social: “Continuarán comprendidos en el campo de aplicación del Régimen de la Seguridad Social en que estuvieran encuadrados, pero en situación asimilada a la de alta en el mismo, quienes, aun cuando hubieren cesado en la prestación de servicio o en el desarrollo de la actividad determinante del encuadramiento en dicho Régimen, se encuentren en alguna de las siguientes situaciones: 1º La situación legal de desempleo, total y subsidiado, y la de paro involuntario una vez agotada la prestación, contributiva o asistencial, siempre que en tal situación se mantenga la inscripción como desempleado en la oficina de empleo”.

Teniendo en cuenta la normativa anterior, para el Tribunal Supremo es claro que “la situación de asimilación al alta procede únicamente en los supuestos normativamente previstos y sólo respecto a determinadas contingencias, no existiendo un catálogo cerrado”. Y en este sentido, como tal considera la situación que registran “aquellos desempleados que estén percibiendo cualquiera de los subsidios de desempleo previstos normativamente” –de acuerdo con la doctrina establecida por el Alto Tribunal en sentencias como la dictada el 9 de noviembre de 1999 y de 10 de noviembre de 2003 (Rcud. 1308/2002 y 1789/1999)–.

No obstante, el Tribunal Supremo es consciente de que la discusión jurídica en el presente recurso gira en torno a si resulta exigible en todo caso la inscripción del beneficiario de la prestación de desempleo como demandante de empleo, pues éste fue el aspecto en el que se basó el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía para denegar la prestación de orfandad. Y precisamente por ello si bien señala que “para el acceso al subsidio de desempleo, en cualquiera de sus modalidades, se requiere –con carácter general– la condición de estar parado y figurar inscrito como demandante de empleo, sin que el artículo 274.2 LGSS –relativo al subsidio de desempleo de los liberados de prisión– establezca nada que condicione o modifique el citado requisito general”, concluye finalmente que, en el presente caso, “aunque no se declare expresamente probado en la sentencia recurrida, resulta perfectamente explicable que la falta de inscripción como demandante de empleo que se produjo en fechas anteriores a la percepción del subsidio para excarcelados, se debiera –precisamente– a la permanencia del causante en prisión, ya que –de otro modo– resultaría inexplicable el disfrute de este especial subsidio, no pudiendo presumirse que existiera una voluntad de abandono del sistema o una voluntad de apartamiento de la búsqueda de empleo” (F.J. Tercero.3). En definitiva, el Alto Tribunal español considera que, cuando nos encontramos ante un desempleado que ha cumplido pena de prisión, la falta de inscripción como demandante de empleo en un periodo anterior no puede constituir un factor de denegación de la pensión de orfandad, pues dicha situación es consecuencia lógica de la falta de libertad del preso y del impedimento legal, y fáctico, que registra para cumplir con la exigencia legal de inscribirse como demandante de empleo. Se respalda por tanto la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, y con ello la interpretación que sostiene que, para obtener el reconocimiento de la pensión de orfandad, y apreciar que el causante está en situación asimilada al alta, no es necesario que el mismo figure inscrito como demandante de empleo de forma ininterrumpida, bastando con que figure como beneficiario de una prestación de desempleo –en este caso subsidio de desempleo para excarcelados–.

### 3. LA CONDICIÓN DE BENEFICIARIO DE UN SUBSIDIO DE DESEMPLEO PARA EXCARCELADOS COMO REQUISITO OBJETIVO QUE POSIBILITA EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A UNA PENSIÓN DE ORFANDAD

La inexistencia de cotizaciones durante quince años de quien se pretende causante de la pensión de orfandad es el factor que llevó en su momento al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía a centrar su atención en la determinación de si, en el caso objeto de consideración, aquél se encontraba en alta o en situación asimilada al alta. Precisamente, cuando se alcanza este punto, los estudiosos de esta prestación de la Seguridad Social suelen recordar la importancia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en este punto, pues desde hace años el Alto Tribunal español ha desplegado apreciables esfuerzos en la dirección de humanizar las exigencias legales que condicionan el reconocimiento a un huérfano de una pensión de orfandad, buscando facilitar el disfrute de la misma. Como antecedente más inmediato de esta línea de pensamiento, cabe señalar la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2017 (Rcud. 1563/2015), bien es verdad que, en un supuesto netamente distinto al ahora analizado, pues en esa ocasión la interpretación flexibilizadora del requisito del alta o situación asimilada al alta se estableció en relación con las dolencias ocasionadas por el alcoholismo crónico del causante de la pensión, que no le permitieron trabajar y que, posteriormente, ocasionaron su fallecimiento. Sin embargo, entonces, como en el caso que nos ocupa, el Tribunal Supremo consideró que la situación personal del causante de la pensión –alcohólico– no permitía apreciar que existiera un abandono voluntario del Sistema de Seguridad Social, por lo que la inexistencia de alta en la Seguridad Social, al fallecimiento del mismo, no puede determinar la desestimación de la solicitud del reconocimiento de la pensión de orfandad en el caso de un beneficiario que reúne todos los otros requisitos establecidos por la LGSS. A fin de cuentas, y como la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2017 recuerda en su F.J. Tercero, esta doctrina entronca con la “reiterada doctrina de asimilación al alta que esta Sala ha aplicado a situaciones en que el alejamiento del sistema se ha producido por similares circunstancias de infortunio o ajenas a la voluntad del causante”<sup>8</sup>.

Esta doctrina jurisprudencial, al decir de algunos estudiosos, “conduce inexorablemente a ponderar circunstancias subjetivas del sujeto causante, que ha de valorar el órgano juzgador, caso por caso, sin tener una base positiva”<sup>9</sup>. Una comprensión del fenómeno que ha sido criticada al estimar que “provoca, en la práctica, que desde el orden

<sup>8</sup> Recuerda a tales efectos el Tribunal Supremo que “entre muchas otras, conviene destacar las sentencias de 19-12-1996 (Rcud. 1159/1996) o 19-11-1997 (Rcud. 1194/97) y 27-5-1998 (Rcud. 2460/197) contemplando supuestos en los que el interesado se hallaba en situación de alcoholismo crónico con demencia o crisis graves de conducta, con abandono personal y perturbación de su personalidad”. En estos casos, que podemos calificar de patológicos, el Tribunal Supremo estima – con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1997 (Rcud. 1194/1997), que a su vez se remite al pronunciamiento de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1996, dictada en unificación de doctrina – que “hay que entender cumplido el requisito de alta cuando la enfermedad que determina la muerte se inició bastante antes de producirse al baja en la Seguridad Social, ya que es explicable que en tal circunstancia se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta, debiéndose añadir que los familiares más cercanos del causante no deben resultar perjudicados por la conducta pasiva del causante para permanecer en el ámbito de la Seguridad Social provocada por una enfermedad degenerativa y adictiva como es el alcoholismo crónico. Todo lo cual es concordante con lo establecido en el art. 41 de la Constitución que obliga a mantener un régimen público de la Seguridad Social que garantice prestaciones ante situaciones de necesidad”.

<sup>9</sup> DÍAZ AZNARTE, M.T.: *Acción protectora de la Seguridad Social por muerte y supervivencia*, Bosch, Barcelona, 2003, pág. 31.

jurisdiccional social se entre a determinar cuestiones que (...) exceden de sus competencias, especialmente en orden a la capacidad volitiva del trabajador que fallece tras haber sufrido procesos de naturaleza adictiva, como pueden ser el alcoholismo o la drogadicción”<sup>10</sup>. Opinión a la que se contraponen la de los que piensan que la normativa –y no sólo la jurisprudencia, por tanto– debería abrir una puerta a la consideración individualizada de las circunstancias de las personas<sup>11</sup>, pues “exigir la condición de demandante de empleo a quien (...) no está en condiciones reales de llevar a cabo actividad laboral resulta cuestionable, por más que ajustado a la letra de las normas”<sup>12</sup>.

En cualquier caso, y con independencia de las polémicas doctrinales, en el supuesto de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2018 analizada, entiendo que el Alto Tribunal español se sitúa en una perspectiva distinta, pues el supuesto de hecho que aborda puede calificarse, a mi juicio, como un caso en el que concurren circunstancias ajenas a la voluntad del causante, básicamente porque no se conoce nadie que ingrese voluntariamente en la cárcel, ni que resulte condenado, y privado de libertad, como consecuencia de una situación infortunada –debe mediar, al menos, culpa en el condenado–. Técnicamente el causante no estaba en alta, pero sí podía ser considerado en situación asimilada al alta en virtud de lo establecido por el art. 166.1 LGSS –también de lo dispuesto, como bien señala el Tribunal Supremo, por el art. 36 del RD 84/1996–, dado que el mismo era perceptor de un subsidio de desempleo para excarcelados. La cuestión es que, como bien señala el Alto Tribunal español –y ya se ha reflejado antes–, “para el acceso al subsidio de desempleo, en cualquiera de sus modalidades, se requiere –con carácter general– la condición de estar parado y figurar inscrito como demandante de empleo, sin que el artículo 274.2 LGSS –relativo al subsidio de desempleo de los liberados de prisión– establezca nada que condicione o modifique el citado requisito general”. Una exigencia que el Tribunal Supremo salva considerando, como también se ha señalado ya, aunque se reconoce que no consta como probado en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía recurrida, que “resulta perfectamente explicable que la falta de inscripción como demandante de empleo que se produjo en fechas anteriores a la percepción del subsidio para excarcelados, se debiera –precisamente– a la permanencia del causante en prisión, ya que –de otro modo– resultaría inexplicable el disfrute de este especial subsidio, no pudiendo presumirse que existiera una voluntad de abandono del sistema o una voluntad de apartamiento de la búsqueda de empleo”.

Posiblemente en pocos supuestos como éste se materializa la visión de la pensión de orfandad como prestación en la que “la contingencia protegida es la supervivencia de los hijos tras el fallecimiento del padre o de la madre de los que dependían económicamente”<sup>13</sup>, de tal manera que como en su momento refirió el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de diciembre de 1996, en casos como el ahora analizado, donde el causante cumple los demás requisitos legales exigidos, “los familiares más cercanos del causante no deben resultar perjudicados por la conducta pasiva del causante para permanecer en el ámbito de la Seguridad Social”. En definitiva, en la Sentencia del Tribunal Supremo analizada el órgano

<sup>10</sup> De nuevo, DÍAZ AZNARTE, M.T.: *Acción protectora de la Seguridad Social...*, op. cit., pág. 31.

<sup>11</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V.: “El paro involuntario no subsidiado (sin demanda de empleo) como posible situación asimilada al alta”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Vol. II, 1997, p. 2.

<sup>12</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Estudio sistemático de la Jurisprudencia recaída en unificación de doctrina*, Aranzadi, junio, 1996, pág. 62.

<sup>13</sup> ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: *La protección social...*, op. cit., pág. 275.

jurisdiccional español no entra a valorar la posible voluntad individual del causante, sino que se limita a constatar un dato fáctico: la prisión del causante durante tiempo suficiente –al menos seis meses– para hacerle acreedor posteriormente al subsidio de desempleo para excarcelados, y la imposibilidad fáctica, por tanto, de inscribirse como demandante de empleo.

Serían en este sentido las circunstancias fácticas, y no tanto los condicionantes volitivos, las que impidieron el cumplimiento de la referida exigencia legal de inscripción. La cuestión es, sin embargo, que el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía lo que cuestionaba es que, al no probarse de forma concreta el período en que el causante había estado en prisión, resultaba objetable el que la no inscripción como demandante de empleo no tuviera su origen en una actitud poco diligente del causante y no en una situación que escapaba totalmente a su voluntad<sup>14</sup>. Como se ha señalado por el Tribunal Supremo, en casos como éste no hay que olvidar que el reconocimiento del subsidio de desempleo tiene su origen en la permanencia en prisión del causante, y desde ese momento la exigencia de la inscripción como demandante de empleo, de forma continuada, pasa a ser irrelevante.

Se puede concluir por tanto que la principal aportación de la doctrina del Tribunal Supremo, en su sentencia de 7 de noviembre de 2018, es la objetivación de uno de los requisitos que habilitan al causante para generar el derecho de los hijos a la pensión de orfandad: si aquél es perceptor del subsidio de desempleo para excarcelados, el mismo debe ser considerado en situación asimilada alta, sin que deba entrarse a considerar las razones por las que dicho causante en determinados momentos pudo no figurar como demandante de empleo, incluso tratándose de periodos temporales de una cierta amplitud. Eso sí, el Alto Tribunal español presume que en el origen del incumplimiento de sus obligaciones en esta materia está la situación de prisión que padeció, circunstancia que, sin embargo, al Tribunal Superior de Justicia le suscitó algunas dudas.

---

<sup>14</sup> En este sentido, la actitud del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía entronca con la doctrina del Tribunal Supremo que a lo largo de los años se ha expresado en diversas sentencias, y que pone el acento en la importancia en estos casos de la conducta del individuo en relación con su inscripción como demandante de empleo. Ejemplificativa de esta doctrina es la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 23 de marzo de 2006 (Rcud. 5478/2004) que, en relación bien es verdad que con una pensión de viudedad, señala lo siguiente: “la inscripción actualizada como demandante de trabajo, en la Oficina de Empleo, se revela como instrumento justificativo de esa involuntariedad en el paro laboral a los fines de, en su caso, posibilitar el acceso a prestaciones de Seguridad Social, por lo que, cuando se advierte el transcurso de un tan largo período de tiempo...sin la más mínima constancia de la concurrencia de dicha situación de paro...no parece que pueda darse verosimilitud a la pretendida continuidad, sin solución, en tal situación de paro involuntario que propicie el reconocimiento de una prestación como la postulada en los presente autos. No puede, por tanto, argüirse con suficiente constancia jurídica que la falta de inscripción en la Oficina de Empleo carezca de virtualidad alguna, debiendo, en cambio, asignársele la finalidad de ser demostrativa de una real y efectiva voluntad de acceder al trabajo. (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1993, Rcud. núm. 2396/1991, y de 1 de abril de 1993, Rcud. núm. 1772/1992)...A lo largo de dichas vicisitudes ningún elemento anómalo interfiere en el proceso hasta el punto de representar un impedimento grave, capaz de sustituir la voluntad del afectado. Estas razones excluyen la aplicación de la doctrina flexibilizadora del requisito de estar en alta o asimilado...”.